



UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

VU Research Portal

Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar

Hendrix, L.G.J.; Akkermans, A.J.

published in

Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
2007

DOI (link to publisher)

[10.1007/bf03056411](https://doi.org/10.1007/bf03056411)

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Hendrix, L. G. J., & Akkermans, A. J. (2007). Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2007(7), 498-515.
<https://doi.org/10.1007/bf03056411>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*

Mw. mr. L.G.J. Hendrix en prof. mr. A.J. Akkermans¹

1 INLEIDING

De plicht van de medische beroepsbeoefenaar tot het geven van informatie aan de patiënt is inmiddels stevig verankerd in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie. Sterker, het wordt gezien als een van de belangrijkste patiëntenrechten uit de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO).² Immers, zo is de gedachte, zonder voldoende geïnformeerd te zijn over de aard en implicaties van zijn ziekte en van de voorgenen behandeling(en), is een patiënt niet uitgerust zijn autonomie en zelfbeschikkingsrecht op adequate en bevredigende wijze uit te oefenen. En juist dat laatste wordt in zijn algemeenheid als een nastrevenswaardige ontwikkeling binnen de geneeskunst beschouwd.

Hoewel er vanuit verschillende disciplines (medisch, sociologisch, psychologisch en filosofisch) veel te zeggen is over de informatieplicht van de arts, breken juristen zich in informed consent-zaken doorgaans het hoofd over de causaliteitsproblematiek. Kan een patiënt, waarvan vaststaat dat de arts hem of haar onvoldoende informatie heeft verstrekt over bijvoorbeeld bepaalde risico's van een operatie, wanneer zo'n risico zich verwezenlijkt en de patiënt daardoor schade lijdt, met succes aanspraak maken op schadevergoeding?

De fout van de arts is in een dergelijk geval meestal gelegen in een nalaten; namelijk in het niet geven van voldoende of volledige informatie op basis waarvan de patiënt zelf een afgewogen beslissing kan maken over het al dan niet laten uitvoeren van een voorgestelde behandeling of ingreep. Wat deze zaken compliceert is dat het letsel, en de daaruit voortvloeiende schade, niet rechtstreeks veroorzaakt is door een fout van de arts maar paradoxaal genoeg juist door het volgens de regels van de kunst uitvoeren van de medische ingreep.³ Overigens is dit laatste niet altijd het geval. Wanneer het informatieverzuim er in gelegen is dat te veel of onvolledige informatie wordt verschaft, kan dat ook tot de spiegelbeeldige situatie leiden dat van een behandeling wordt afgezien die de patiënt, achteraf beschouwd, misschien toch liever wel had gehad.⁴ Maar ook dan rijst de vraag of aangenomen kan worden dat het verzuim van de arts heeft geleid tot de schade zoals die door de patiënt wordt geleden.

1. Loes Hendrix is docent-onderzoeker aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en Arno Akkermans is hoogleraar Privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

2. Art. 7:448 BW; J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* (oratie VU Amsterdam), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 7.

3. S. Devaney, 'Autonomy Rules Ok', *Med. Law Review* 2005, p. 103.

4. Een Nederlands voorbeeld is te vinden in: HR 20 oktober 2006; LJN AY9312 (vonnis in eerste instantie was van de Rb. Roermond; LJN AA7520). In Engeland tamelijk recent: *Al Hamwi v. Johnston and Another* [2005] EWHC 206.

In Nederland wordt de oplossing voor deze problematiek vooralsnog gezocht in toepassing van de klassieke causaliteitsleer. Slechts in het geval dat aangenomen kan worden dat de patiënt, indien correct geïnformeerd, van de operatie zou hebben afgezien (en het risico zich dus niet zou hebben verwezenlijkt), wordt het voor schadevergoeding vereiste causaal verband aangenomen. Wordt daarentegen aangenomen dat de patiënt, ondanks de gebrekkige informatie, toch toestemming zou hebben gegeven voor de operatie, dan is het informatieverzuim van de arts geen *conditio sine qua non* geweest voor het ontstaan van de schade en ontbreekt dus het vereiste causaal verband. Andere benaderingen biedt het leerstuk van informed consent totnogtoe niet.

Het is de patiënt die het bewijs moet leveren dat hij of zij van de behandeling zou hebben afgezien als op voorhand voldoende bekendheid had bestaan omtrent de aan de behandeling klevende risico's. Dit laatste lukt maar zelden, reden waarom dergelijke patiënten veelal met lege handen blijven staan en het tekortschieten van de arts in zijn informatieplicht niet, althans niet in civielrechtelijke zin, wordt gesanctioneerd.⁵

Men kan zich de vraag stellen of deze situatie wel voldoende bevredigend is. Zoals het werd geformuleerd in de hieronder nader te bespreken uitspraak van het Engelse House of Lords: "The function of the law is to protect the patient's right to choose. If it is to fulfil that function it must ensure that the duty to inform is respected by the doctor. It will fail to do this if an appropriate remedy cannot be given if the duty is breached and the very risk that the patient should have been told about occurs and she suffers injury."⁶

Te bedenken valt dat het bij informed consent gaat om het uitvoering geven aan belangrijke, grondwettelijke gewaarborgde rechten, zoals het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet) en op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Grondwet). Schiet het recht niet tekort als het deze rechten niet op adequate wijze kan beschermen?

Wij beperken ons in eerste instantie tot de vraag of het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn functie hierin op voldoende bevredigende wijze kan effectueren. De rol die het tuchtrecht hierin zou kunnen spelen, laten we in dit artikel buiten beschouwing.⁷

2 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN DE OMKERINGSREGEL

Uitgaande van het 'klassieke' scenario van de patiënt die schade lijdt doordat een onvermeld gebleven risico zich heeft verwezenlijkt, is een aantal variaties denkbaar in de wijze waarop de problematiek van het causaal verband zou kunnen worden benaderd. Eén van de mogelijkheden is het verlichten van de bewijslast van de patiënt. In theorie zou dat kunnen door toepassing van de zogenoemde 'omkeringsregel', ware

5. M.J.J. de Ridder, 'Causaal verband bij informed consent', *TvGR* 2000, p. 353-361.

6. Lord Hope of Craighead in *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41, 4 All ER 587, in par. 56.

7. Met de benodigde voorzichtigheid zou veronder-

steld kunnen worden dat voor patiënten die schade hebben geleden als gevolg van een informatiefout, de gang naar de tuchtrechter minder aantrekkelijk is omdat daar voor hen financieel gezien niets te halen is.

het niet dat de Hoge Raad toepassing van deze regel al in 2001 bij informed consent-zaken expliciet van de hand heeft gewezen.⁸ Nog niet zo lang geleden heeft de Hoge Raad dit standpunt nog eens bevestigd.⁹ Het eerste arrest van 23 november 2001 betrof een patiënte die een operatie onderging aan haar pols vanwege een peesschede-ontsteking. Tijdens de operatie werd een zenuw beschadigd met blijvende schade tot gevolg. Volgens de vrouw was zij van tevoren ten onrechte niet gewaarschuwd voor dit risico. Had zij die informatie wel ontvangen, zo stelde zij, dan zou ze van de operatie hebben afgezien. In cassatie draaide het uitsluitend nog om het causaal verband, of beter, om het ontbreken daarvan.

De door de patiënte bepleite toepassing van de omkeringsregel vond geen gehoor bij de Hoge Raad. Kort gezegd strandde dit beroep op de later als 'specificiteitsvereiste' benoemde voorwaarde dat de geschonden norm specifiek de strekking moet hebben te beschermen tegen het verwezenlijkte risico.¹⁰ De Hoge Raad oordeelde:

3.5.4. "Deze op de arts rustende verplichting om de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico's verbonden aan de voorgestelde behandeling strekt derhalve niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar zij strekt ertoe, zoals hierboven in 3.5.3. is overwogen, de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven.¹¹ Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was."

"Uit het in 3.5.3. en 3.5.4. overwogene volgt dat hetgeen zich heeft voorgedaan, in het onderhavige geval een zenuwbeschadiging na de operatie van 20 juni 1991, niet kan worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten door O. in de nakoming van zijn informatieplicht in het leven is geroepen. Er is dan ook geen aanleiding om in het onderhavige geval 'de omkeringsregel' van toepassing te achten en aan te nemen dat met het tekortschieten van O. het causaal verband tussen dit tekortschieten en de ontstane schade in beginsel is gegeven."

Uiteindelijk bekrachtigde de Hoge Raad het oordeel van het hof en bleef het dus aan de patiënte om bewijs te leveren van haar stelling dat ze van de behandeling zou hebben afgezien. Dat laatste had het hof, in navolging van de rechtbank, niet aannemelijk geoordeeld, welk oordeel in cassatie niet meer aan de orde werd gesteld.

8. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 (m.nt. J.M.B. Vranken).

9. 29 september 2006; LJN AY5693. In dit arrest handelt de Hoge Raad zijn eerder uitgezette lijn door de twee onderdelen van het cassatiemiddel die zich keren tegen de arresten van 23 november 2001 te laten falen: 3.4.2: "De onderdelen 3.2 en 3.3 zijn gebaseerd op een andere rechtsopvatting dan in de door het hof genoemde arresten van de Hoge Raad van 23 november 2001 als juist is aanvaard". Overigens kwam men in deze zaak niet toe aan een beoordeling van het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en het al of niet doorgaan van de operatie omdat niet

kon worden vastgesteld dat het letsel van de patiënt zijn oorzaak vond in de uitgevoerde operatie.

10. A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002; HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 en 191.

11. Het is ons inziens juist om te stellen dat de mogelijkheid van verwezenlijking van het risico niet de reden/het doel is van de verplichting de patiënt erover te informeren, zij het met de kanttekening dat zonder de aanwezigheid van dat risico, er vanzelfsprekend ook geen reden is het te openbaren. M. Stauch, 'Taking the consequences for failure to warn of medical risks', *Modern Law Review* 2000, p. 266.

2.1 Subjectief of objectief?

In dit verband dringt zich de vraag op of ten aanzien van de hypothetische beslissing van de patiënt het objectieve (wat zou een redelijk handelende patiënt hebben gedaan) criterium dan wel het subjectieve (wat zou deze patiënt feitelijk hebben gedaan) criterium moet worden gehanteerd. Deze (rechts)vraag is nog niet expliciet aan de Hoge Raad voorgelegd maar in de arresten van 23 november 2001 oordeelde de Hoge Raad in het kader van de bewijslastverdeling echter wel dat de benadeelde:

3.5.6. "(...) ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv (oud) moest stellen en, zo nodig, bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling verbonden risico van beschadiging van een zenuw, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen."

Anders dan in verjaringszaken, waar de Hoge Raad ten aanzien van de 'bekendheids-eis' van artikel 3:310 BW uitdrukkelijk heeft gekozen voor een subjectief criterium,¹² lijkt het erop dat de Hoge Raad in informed consent-zaken in eerste instantie het objectieve criterium aanhangt maar dat een benadeelde, indien deze de geobjectiverde toets niet passeert, een poging mag doen aannemelijk te maken dat hij of zij omwille van redenen van persoonlijke aard, en in afwijking van de redelijk handelende patiënt, toch anders zou hebben beslist. Door expliciete toevoeging van het woordje of mag bovendien aangenomen worden dat het slagen voor die subjectieve toets op zichzelf voldoende kan zijn voor de aanname dat toestemming achterwege zou zijn gebleven indien de patiënt volledig was geïnformeerd.

Het subjectieve criterium strookt naar onze mening ook het meest met de norm die de informatieplicht beoogt te beschermen. Grondslag voor het geven van informatie aan de patiënt vormt immers het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt; de patiënt moet in staat worden gesteld zelf een autonome keuze te maken ten aanzien van de behandelwijze, hoe die keuze ook luidt en hoe afwijkend die in de ogen van anderen wellicht ook is. Dat uitgangspunt vormt nu juist de kern van het recht op zelfbeschikking. Tegelijkertijd past hier enige relativering, want anders dan in het verjaringsrecht, waar het gaat om het reële, concrete moment van bekend worden van de benadeelde met de schade en de aansprakelijke persoon, betreft het in informed consent-zaken per definitie een hypothetische situatie. Een situatie dus waarin ook de benadeelde zelf nooit heeft verkeerd. De benadeelde zal dan ook slechts met wijsheid achteraf iets kunnen zeggen over de vermoedelijke keuze die hij zou hebben gemaakt als hij op voorhand bekend was geweest met het niet-mee gedeelde risico. Hij is nooit daadwerkelijk geconfronteerd geweest met die keuze. Om die reden is een kritische houding geboden wanneer een benadeelde stelt dat precies dat ene stukje informatie, dat hem ten onrechte is onthouden, hem op andere gedachten zou hebben gebracht. Concrete feiten zullen deze benadeelde moeten verheffen boven de verdenking dat het niet

12. HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (Vellekoop/Wilton Fijenoord), r.o. 3.4.2. met een objectiverende relativering in r.o. 3.4.4.

enkel wijsheid achteraf is die hem tot deze stelling brengt.¹³ In zoverre is het aanbren-
gen van enige objectivering, óók bij een principiële keuze voor een subjectief crite-
rium, op zijn plaats.¹⁴

2.2 *Informatie die wél specifiek gericht is op het voorkomen van het risico dat zich heeft gerealiseerd*

Met betrekking tot de omkeringsregel, wordt volledigheidshalve nog opgemerkt dat de visie van de Hoge Raad uiteraard de mogelijkheid in stand laat de omkeringsregel wel toe te passen in zaken waarin weliswaar ook de informatieplicht van de arts in het geding is, maar waarin de ten onrechte niet gegeven informatie niet gericht is op het kunnen maken van een keuze door de patiënt of op het verkrijgen van geldige, op informatie gebaseerde toestemming voor behandeling. In die gevallen is de informatie juist wél gericht op het voorkomen van een specifiek risico.¹⁵ Als illustratie kan worden gewezen op het geval dat een arts verzuimt een patiënt informatie te geven met betrekking tot de mogelijkheid van resterende vruchtbaarheid gedurende een bepaalde periode na een vasectomie,¹⁶ waardoor een patiënt ten onrechte aanneemt dat hij definitief onvruchtbaar is.¹⁷ Aangenomen dat een dergelijk verzuim als een nalatigheid van de arts kan worden gekwalificeerd, is het doel van die informatie juist specifiek gericht op het voorkomen van een ongewenste zwangerschap.¹⁸ Wij menen daarom dat in dergelijke gevallen de omkeringsregel de patiënt soelaas zou moeten kunnen bieden, ook omdat toepassing van de omkeringsregel in die gevallen in overeenstemming is met de tweeledige rechtvaardiging ervan; namelijk (1) de aanwezigheid van een feitelijk vermoeden dat de schade (in het voorbeeld: de ongewenste zwangerschap) ook daadwerkelijk is veroorzaakt door het ontbreken van correcte informatie én (2) het daadwerkelijk kunnen waarborgen van de effectiviteit van de norm.¹⁹ Zeer algemeen geformuleerd zou naar onze mening in procedures waarbij de in het geding zijnde informatieplicht gericht was op het voorkomen of stimuleren van bepaald gedrag bij de patiënt, de omkeringsregel wél toepassing kunnen vinden, terwijl in gevallen waarin de informatie primair gericht is op het in staat stellen tot het maken van een weloverwogen keuze door de patiënt, die toepassing achterwege zou moeten blijven.²⁰ In de tweede situatie is het verschaffen van adequate informatie door de arts ook een noodzakelijke voorwaarde voor het krijgen van valide toestem-

13. Devaney 2005, p. 105 (zie noot 3).

14. Zie ook A-G mr. J. Spier in de overwegingen 4.18 t/m 4.30 van zijn conclusie voor het arrest HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (*Vellekoop/Wilton Fijenoord*); Th. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1992, p. 312; I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wil-link 1999, p. 64-66.

Voor een overzicht van Common Law-landen; zie D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Leiden: Brill 1988, p. 343: "Common Law courts apply different tests of causation. They may apply a subjective test, as in England or New Zealand (...). Alternatively, as in Canada and the United States, they may apply an objective test (...). Finally, they may apply a 'combined test', now slowly emerging in Canada in what could be called the post-Reible case law, consisting of

considerations both of what this particular patient, and a reasonable patient in that patient's position would have decided."

15. Zie ook: A-G mr. J. Spier in zijn conclusie voor het arrest van 23 november 2002, NJ 2002, 386.

16. Sterilisatie van de man.

17. Rb. Arnhem 12 juni 2006; LJN AY7461.

18. A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: BJU 2000, p. 106, 107; HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 (*TFS/NS*) en HR 29 november 2002, RvdW 2002, 191 (*Kastelij/ Achtkarspelen*).

19. Akkermans 2000, p. 123-133 (zie noot 18).

20. Uit HR 2 februari 2007, LJN AZ4564 zou overigens kunnen worden opgemaakt dat de Hoge Raad de regel langzaamaan de rug toekeert en dat de omkeringsregel zijn beste tijd dus inmiddels lijkt te hebben gehad.

ming, daar waar het aspect van toestemming in het voorbeeld van de vasectomie niet speelt. Voor een goed begrip zouden we voor de eerstbedoelde zaken de term 'informed-zaken' kunnen reserveren, zulks ter onderscheiding van de echte 'informed consent-zaken' waarop ook de Hoge Raad op 23 november 2001 het oog had.

3 CHESTER V. AFSHAR

Na dit intermezzo over de omkeringsregel en het toe te passen criterium, resteert de vraag hoe de informatieplicht, mede gelet op het alom erkende belang van de informatieplicht als richtinggevende norm voor het handelen van de arts,²¹ in de praktijk beter geëffectueerd zou kunnen worden. Met dit probleem wordt uiteraard niet alleen in Nederland geworsteld. Het Engelse House of Lords heeft in de zaak *Chester v. Afshar* een alternatieve benadering toegepast in een informed consent-procedure.²² Hoewel de uitkomst van de zaak sympathiek is en recht doet aan het belang van de informatieplicht, verdient de redenering van het House of Lords ons inziens toch geen navolging.²³

Waar ging het om in *Chester v. Afshar*? Mevrouw Chester, een (voormalig) reisverslaggeefster, leed al gedurende zes jaren aan tamelijk ernstige rugklachten. Zij werd hiervoor met medicijnen behandeld door haar reumatoloog dr. Wright. In 1994, nadat haar klachten opnieuw waren verergerd, adviseerde dr. Wright mevrouw Chester een operatie in overweging te nemen. Vanwege haar weerzin tegen een operatie, verzette Chester zich daar aanvankelijk tegen maar liet zich uiteindelijk toch doorverwijzen naar dr. Afshar, een gerenommeerd neurochirurg.

Tijdens het eerste consult op 18 november 1994, onderzocht dr. Afshar mevrouw Chester ongeveer vijftien minuten en spraken zij vervolgens nog ongeveer een half uur met elkaar. Tijdens dat gesprek liet dr. Afshar Chester weten dat in zijn opinie alleen een operatie haar de gewenste verlichting zou kunnen brengen.

Chester stemde in met een operatie, die op 21 november 1994 door dr. Afshar werd uitgevoerd. Kort daarna werd duidelijk dat Chester leed aan het zogenoemde cauda equina-syndroom,²⁴ een syndroom waarvan de kans dat het tijdens de operatie ontstaat ongeveer 1 à 2% is. Ten gevolge van dit syndroom ondervond Chester ook jaren na de operatie nog steeds beperkingen en pijnklachten aan haar linkerbeen.

21. Ook de Hoge Raad acht het recht op informatie een fundamenteel, grondwettelijk gewaarborgd, recht:

3.5.3. "Het gaat hier om een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling op duidelijke wijze in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling. Deze verplichting strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven. Deze verplichting vindt zijn grondslag in de door art. 10 van de Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11

van de Grondwet gewaarborgde onaantastbaarheid van het lichaam." (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386).

22. *Chester v. Afshar* [2004] 4 All ER 587.

23. Zie ook: A.J. Akkermans, 'Informed Consent and the Requirement of Causation, *Chester v. Afshar*, 14 October 2004', *European Review of Private Law* 2007, p. 433-449.

24. Coëlho, *Zakwoordenboek der geneeskunde*, Arnhem: Elsevier 2000, p. 125; neurologisch uitvalverschijnsel bij hernia nuclei pulposi, bloeding in het wervelkanaal e.d. waarbij mictie- en/of defecatieaandrang zijn opgeheven en paresen kunnen optreden.

In de procedure die volgde, wierp Chester de neurochirurg een tweetal verwijten voor de voeten. Ten eerste zou dr. Afshar de operatie niet volgens de regels der kunst hebben uitgevoerd maar bovendien had hij haar ten onrechte niet geïnformeerd over de aan de operatie verbonden risico's, waaronder het risico op het intreden van het cauda equina-syndroom. Wat deze zaak bijzonder maakt, is de omstandigheid dat Chester niet bepleitte dat zij, ware zij vooraf van dit concrete risico op de hoogte geweest, zonder meer van de operatie zou hebben afgezien. Volgens de klassieke leer zou de rechter dan 'slechts' hebben hoeven te onderzoeken in hoeverre die stelling als juist kon worden aanvaard. Maar nee, Chester stelde zich op het standpunt dat zij, indien volledig geïnformeerd, niet zou hebben ingestemd met een operatie drie dagen na haar eerste en enige contact met dr. Afshar. Zij zou dan eerst derden hebben geraadpleegd om te onderzoeken of haar wellicht nog andere opties ten dienste stonden. Met andere woorden; ze zou haar beslissing over het al dan niet ondergaan van de operatie hebben uitgesteld; onzeker is hoe die beslissing uiteindelijk zou hebben geluid. In de visie van Chester en haar advocaat was voor honorering van de claim voldoende dat vaststond dat zij de operatie op een ander tijdstip zou hebben laten verrichten, ondanks het feit dat het risico op het cauda equina-syndroom dan precies gelijk zou zijn gebleven, namelijk 1 à 2%.

Het eerste verwijt aan het adres van dr. Afshar vond geen gehoor bij de rechter; aangenomen werd dus dat dr. Afshar de operatie conform de daaraan te stellen eisen had verricht. Voor wat betreft het verwijt dat dr. Afshar onvolledig was geweest met betrekking tot de aan de operatie verbonden risico's, bestond aanvankelijk discussie. Uiteindelijk werd echter vastgesteld dat dr. Afshar inderdaad geen, althans – in het licht van de door Chester gestelde vragen – onvoldoende informatie had gegeven met betrekking tot het risico van het cauda equina-syndroom.²⁵ Niet ter discussie stond het feit dat het risico op het krijgen van een cauda equina-syndroom, hoe gering ook, inderdaad tot de informatieplicht van de arts behoorde.

Uiteindelijk pakte ook de causaliteitstest gunstig uit voor Chester, zij het dat het House of Lords daartoe een andere weg bewandelde dan de rechters van de eerste en tweede instantie. De rechter in eerste instantie, judge Taylor, oordeelde op basis van de traditionele 'but for-test' tot een causale relatie, kort gezegd, omdat hij het op grond van zijn feitelijke vaststellingen geloofwaardig vond dat Chester, ware zij door dr. Afshar volledig geïnformeerd over de risico's van de operatie, inderdaad eerst nog een tweede of misschien zelfs wel een derde arts zou hebben geconsulteerd. De operatie zou in zijn ogen in elk geval niet op 21 november 1994 hebben plaatsgevonden.

Judge Taylor, § 81: "(...) On the findings that I have made, the risk that materialised during the operation on 21 November 1994 was the risk about which she should have been, but was not, adequately warned. Had she been adequately warned, the operation

25. Aan de hand van de zogenoemde 'Bolam-test' wordt beoordeeld of het handelen van de medische beroepsbeoefenaar in overeenstemming is met 'a practice accepted as proper by a responsible body of

medical men' (*Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118. Voor informed consent-zaken is deze norm nader gespecificeerd in de zaak *Sidaway v. Governors of Bethlehem Hospital* [1985] 1 AC 871.

in question would not have taken place and she would not have suffered damage. In these circumstances, and without more, it seems to me that the necessary causal link is sufficiently established.”

So far, so good; judge Taylor komt op grond van de feiten tot de conclusie dat de operatie in elk geval niet op 21 november 1994 zou hebben plaatsgevonden. Maar de traditionele causaliteitsprincipes indachtig, helpt dit de benadeelde in principe nog niet veel verder. Van uitstel komt immers niet altijd afstel. Om de omvang van de schadevergoeding vast te kunnen stellen, zou strikt genomen toch weer de vraag beantwoord moeten worden of Chester in de hypothetische situatie zonder informatiegebrek nu uiteindelijk wel of niet voor de operatie zou hebben gekozen. Zo ja, dan is de aan dr. Afshar te wijten schade beperkt tot de periode tussen 21 november 1994 en het tijdstip waarop de operatie eigenlijk had moeten plaatsvinden. Maar voor judge Taylor is niet doorslaggevend of de operatie alleen maar op een later tijdstip zou hebben plaatsgevonden of mogelijk zelfs helemaal niet.²⁶ Want, zo luidde zijn argumentatie, gelet op het gelijkblijvende geringe risico van 1 à 2% op het krijgen van het cauda equina-syndroom lag het niet in de lijn der verwachting dat dit risico zich bij een operatie op een andere datum ‘nogmaals’ zou verwezenlijken. Het maakte in de visie van de rechter dus geen verschil of de operatie uiteindelijk wellicht tóch zou zijn verricht, zo lang maar aangenomen kon worden dat deze, zonder informatiegebrek van de arts, op een ander tijdstip zou zijn verricht.

Judge Taylor, § 8r: “(...) I do not see how the fact that the claimant cannot prove that at no future time would she have undergone such an operation can break the causal link thus established. This is especially so when, as I have found, it is improbable that the circumstances of any future surgery would have been identical to those in which the risk, on any view a small one, actually materialised.”

Om hierna nog te noemen redenen kan de redenering van judge Taylor ons inziens de toets der kritiek niet doorstaan maar niettemin blijft zijn oordeel ook in hoger beroep overeind. In belangrijke mate geïnspireerd door de inzichten van het Australische High Court in de zaak *Chappel v. Hart*²⁷ luidde het unanieme oordeel van het Court of Appeal dat het niet correct is het willekeurige intreden van het risico van 1 à 2% als de wezenlijke oorzaak van het letsel van Chester aan te wijzen in plaats van de nalatigheid van dr. Afshar om haar juist op dat risico te attenderen.

Court of Appeal, § 47: “(...) The object is to enable the patient to decide whether or not to run the risks of having that operation at that time. If the doctor’s failure to take that care results in her consenting to an operation to which she would not otherwise

26. Dat laatste liet zich in casu niet vaststellen.

27. *Chappel v. Hart* (1998) 72 ALJR 1344; in deze zaak was mevrouw Hart onvoldoende gewaarschuwd over de aan een keeloperatie verbonden risico’s. Hoewel in deze zaak werd vastgesteld dat een operatie uiteindelijk onafwendbaar was, werd niettemin causaal verband aangenomen. Ook op een ander punt verschilde de casus van die van *Chester v. Afshar*. Aangenomen werd namelijk dat mevrouw Hart op zoek zou zijn gegaan naar de meest bekwame arts om de operatie uit te voeren. Toch wees de meerderheid van de het High Court toepassing van de door dr. Chappel

bepleite theorie van het verlies-van-een-kans expliciet van de hand: (9) “(...) it is to apply sophistry rather than common sense to say that, although the risk of physical injury which came about called the duty of care into existence, breach of that duty did not cause or contribute to that injury, but simply resulted in the loss of an opportunity to pursue a different course of action.” (12) “... And to say that mrs Hart would inevitably have been exposed to risk of the harm which she suffered is not to say that she would inevitably have suffered that harm.”

have given her consent, the purpose of that rule would be thwarted if he were not to be held responsible when the very risk about which he failed to warn her materialises and causes her an injury which she would not have suffered then and there.”

Het zijn precies de woorden ‘at that time’ van het Court of Appeal die naar onze mening ten onrechte zijn toegevoegd aan de hiervoor geciteerde omschrijving van het doel van de informatieplicht. De informatieplicht is in het leven geroepen om gehoor te geven aan de roep om meer respect voor de autonomie en het recht op zelfbeschikking van patiënten. De verplichting de patiënt te informeren over de risico’s van een operatie strekt ertoe de patiënt zelf te kunnen laten bepalen of hij die risico’s überhaupt wil lopen, níet of hij die risico’s op een bepaalde tijd en plaats wil lopen. De redeneringen van judge Taylor en het Court of Appeal sluiten niet aan bij de kern van het recht dat zij beogen te beschermen. Het tijdstip van de operatie is – bij gelijkblijvende overige omstandigheden – eigenlijk een ‘irrelevant detail’ waarvan men zich kan afvragen of dat wel de geboden bescherming verdiend.²⁸ Door de ontoereikende informatie was er voor Chester ook géén grotere kans op het cauda equina-syndroom ontstaan; die kans is steeds hetzelfde gebleven. Als het recht op informatie in de door het Court of Appeal²⁹ bedoelde zin zou worden geoperationaliseerd, kan dat logischerwijs tot de consequentie leiden dat ook allerlei andere, voor rekening van de arts en/of het ziekenhuis komende oorzaken van vertraging of vervroeging van bepaalde medische behandelingen, tot een schadevergoedingsverplichting jegens de patiënt leiden wanneer een aan die behandelingen inherent doch klein risico zich zou verwezenlijken.³⁰ Een weinig wenselijke ontwikkeling.

Een andere relevante gedachteoefening is de vergelijking met de situatie dat aan een behandeling twee risico’s (risico A en risico B) kleven die van zodanige aard zijn dat het common sense is dat ze moeten worden gemeld aan de patiënt die aan de vooravond van een dergelijke behandeling staat. De arts verzuimt de patiënt op het bestaan van risico A te attenderen. Het andere risico (risico B), waarover de patiënt dus wél is geïnformeerd, verwezenlijkt zich. Met andere woorden; er heeft zich een aan de operatie verbonden risico verwezenlijkt en de arts heeft zijn informatieplicht geschonden. De patiënt zegt: “Had ik vooraf van risico A geweten, dan had ik overwogen van de operatie af te zien. In dat geval had ik dus niet de schade geleden die ik nu wel heb geleden.”

Met Stolker³¹ denken ook wij dat deze redenering stuk loopt op het relativiteitsvereiste.³² De plicht tot het informeren over risico A beoogt de patiënt in staat te stel-

28. Zie Lord Hoffmann, één van de twee dissenting Lords in de zaak *Chester v. Afshar*, (31) “(...) The question is whether one would have taken the opportunity to avoid or reduce the risk, not whether one would have changed the scenario in some irrelevant detail.”

29. Hetzelfde geldt voor de redenering van judge Taylor.

30. Dit uitgangspunt kan eventueel uitzondering lijden indien door het veranderde tijdstip de uitgangssituatie van de patiënt in ongunstige zin is veranderd, waardoor de kans op een beter behandelingsresultaat

verloren is gegaan. Dit vereist uiteraard wel dat verandering van het tijdstip van behandeling als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Daarvan zal niet zo snel sprake zijn.

31. M. Faure & H. Koziol, *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wien/NewYork: Springer 2001, p. 165-166; Vgl. voor Engeland: H. Rogers, in: Faure & H. Koziol 2001, p. 230-231; P. Cane, ‘A Warning about Causation’, *LQR* 1999, p. 25.

32. Anders in Duitsland: Faure & Koziol 2001, p. 123-127 (zie noot 31).

len te beslissen of hij bereid is risico A te lopen. Niet om te beslissen of hij risico B wil lopen. Kennelijk had deze patiënt ten aanzien van risico B reeds geoordeeld dat dit risico geen belemmering vormde om de behandeling doorgang te laten vinden. Om die reden lijkt het niet juist de patiënt schadeloos te stellen voor de gevolgen van het intreden van risico B, enkel omdat hij niet was geïnformeerd over de mogelijkheid van risico A.

3.1 *House of Lords*

Tot slot buigt ook het House of Lords zich over de kwestie Chester. Met een drie tegen twee meerderheid strandt het cassatieberoep van dr. Afshar bij de Lords. Toch is de gedachtegang van de Lords om tot toewijzing van de vordering van Chester te komen anders dan die van judge Taylor en het Court of Appeal. Het merendeel van de Lords wijst de redenering van de lagere rechters van de hand, daarbij openlijk erkennend dat “A solution to this problem which is in Miss Chester’s favour cannot be based on traditional causation principles.”³³

Niettemin acht het House of Lords op basis van ‘policy grounds’ een uitzondering op de traditionele causaliteitsprincipes gerechtvaardigd. Samengevat komt het meerderheidsstandpunt er op neer dat een patiënt die meer bedenktijd had gewild om een afgewogen beslissing te kunnen nemen over het al dan niet instemmen met de voorgestelde behandeling, geen genoegdoening mag worden onthouden uitsluitend omdat hij of zij niet kan aantonen dat uiteindelijk nooit voor de behandeling zou zijn gekozen. Wanneer het letsel binnen het bereik van de door de arts geschonden norm valt, vereist de rechtvaardigheid een adequate reactie door de aanspraak op schadevergoeding te honoreren.

Lord Hope of Craighead: § 87 “The function of the law is to enable rights to be vindicated and to provide remedies when duties have been breached. Unless this is done the duty is a hollow one, stripped of all practical force and devoid of all content. It will have lost its ability to protect the patient and thus to fulfil the only purpose which brought it into existence. On policy grounds therefore I would hold that the test of causation is satisfied in this case. The injury was intimately involved with the duty to warn. The duty was owed by the doctor who performed the surgery that Miss Chester consented to. It was the product of the very risk that she should have been warned about when she gave her consent. So I would hold that it can be regarded as having been caused, in the legal sense, by the breach of that duty.”

3.2 *Concluderend*

Welke conclusies kunnen we verbinden aan *Chester v. Afshar*? Moeten Engelse artsen, en in hun navolging de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars, zich zorgen maken over een hausse aan informed consent-claims? Dat valt nog te bezien maar uitgesloten is het zeker niet.

33. Lord Hope of Craighead in alinea 81 van zijn opinie. Vergelijkbaar: Lord Steyn in alinea 23, 24 en Lord Walker of Gestingthorpe in alinea 100.

Twee relativeringen vooraf: de uitspraak verandert uiteraard niets aan de omvang van de informatieplicht van de arts. Deze is door deze uitspraak niet groter of anders geworden. Het is wel andermaal een waarschuwing aan het adres van medisch beroepsbeoefenaren dat ze de informatieplicht (en de documentatie daarvan) niet lichtzinnig moeten opvatten. Daarnaast kan een patiënt als Chester die stelt 'slachtoffer' te zijn geworden van een informatiefout, niet volstaan met het enkel aantonen van die fout. Deze patiënten zullen nog steeds moeten kunnen aantonen dat zij, ware zij volledig geïnformeerd, anders hadden beslist. In het geval van Chester was dat relatief eenvoudig omdat veel omstandigheden in een voor haar gunstige richting wezen. Interessant is bovendien dat judge Taylor voor de waardering van dit bewijs belang hechtte aan het feit dat Chester juist niet had geclaimd dat zij zonder meer van de hele operatie zou hebben afgezien als ze vooraf van het risico van het cauda equina-syndroom had geweten. Dit maakte haar in de ogen van deze rechter extra geloofwaardig. Het is echter nog maar de vraag of dit argument ook nog steeds geloofwaardigheid kan verlenen aan toekomstige – Engelse – claimanten van een geschonden informatieplicht die, daartoe wellicht geïnspireerd door hun advocaat, stellen dat ze geen toestemming zouden hebben gegeven voor de operatie op het tijdstip waarop deze feitelijk was verricht. Want welke patiënt stelt na Chester nog dat hij definitief van de behandeling zou hebben afgezien als hij volledig geïnformeerd was over de aan de operatie verbonden risico's? Die patiënt is in tweeërlei opzicht slechter af dan Chester. Allereerst de zwaarte van de bewijslast. Het zal in de regel eenvoudiger zijn aan te tonen dat nog een second opinion was gewenst alvorens toestemming te geven voor een bepaalde behandeling dan te bewijzen dat in de hypothetische situatie zonder informatiefout besloten zou zijn helemaal van de behandeling af te zien, speciaal in het geval dat de behandeling medisch geïndiceerd was. Het is niet goed voorstelbaar op welke gronden een rechter de alleszins redelijke vraag om meer bedenktijd als onredelijk terzijde kan leggen.³⁴

Daarnaast lijkt Chester ook in schadevergoedingsopzicht beter af. Veronderstel eens dat Chester volgens de traditionele causaliteitsprincipes was geslaagd in het bewijs dat zij, ware zij vooraf van het cauda equina-risico op de hoogte geweest, van de hele operatie zou hebben afgezien. Onder die omstandigheden is het niet onwaarschijnlijk dat Chester de rest van haar leven – de looptijd van de schade – had gekampt met ernstige rugklachten en daaruit voortvloeiende beperkingen.³⁵ Bijgevolg zou ook de vergoeding voor de gevolgen van het intreden van het cauda equina-syndroom wel eens een stuk lager hebben kunnen uitpakken dan in de huidige situatie, waarin Chester volledige schadevergoeding lijkt te worden toegekend. Er wordt immers van uitgegaan dat, wanneer de operatie op een ander tijdstip zou hebben plaatsgevonden, het cauda equina-syndroom niet zou zijn ingetreden: de kans daarop was immers maar 1 à 2%. Kortom: wie het meerdere bewijst, wordt met het mindere naar huis gestuurd. Dat is minst genomen een opmerkelijk resultaat.

34. Dit lijkt als vanzelfsprekend uitzondering in gevallen waarin behandeling zo urgent is dat uitstel of afstel desastreuze gevolgen zou kunnen hebben.

35. M.u.v. de omstandigheid dat haar in de toekomst een eventuele nieuwe, minder risicovolle therapie ten dienste was komen te staan.

Schematisch:

I informatie- fout van de arts	Verzwegen risico verwezenlijkt zich	Patiënt bewijst dat bij juiste kennis van de ope- ratie was afgezien (klas- sieke situatie)	Schade is het verschil tussen pijn/beperkingen als gevolg van verwezenlijkte risico en pijn/beperkingen waarmee de patiënt zonder operatie zou hebben gekampt
II informatie- fout van de arts	Verzwegen risico verwezenlijkt zich	Patiënt bewijst 'slechts' dat hij bedenktijd/ uitstel had gewild (Chester)	Schade is het verschil tussen pijn/beperkingen als gevolg van verwezenlijkte risico en geen pijn/beperkingen (als ware het cauda equina- syndroom niet ingetreden)

Hierin schuilt aanstonds ons belangrijkste bezwaar tegen de beslissing van de House of Lords. Wanneer bescherming van het recht op informatie het achterliggende doel is voor het toelaten van 'policy arguments', dan is er in onze ogen geen goede rechtvaardiging te vinden voor het maken van onderscheid tussen patiënten die stellen dat ze er graag nog een 'nachtje over hadden willen slapen', zonder aan te hoeven geven hoe hun beslissing uiteindelijk zou hebben geluid, en patiënten die wel aanstonds een beslissing hebben genomen met betrekking tot de voorgestelde behandeling maar die niet zeker weten hoe die beslissing zou hebben geluid als ze wel volledig waren geïnformeerd. Waarom zou het recht de eerste groep zo veel gemakkelijker laten slagen dan de tweede groep?

4 ALTERNATIEVE BENADERINGEN

Kan het ook anders? In de literatuur is wel geopperd om het slachtoffer van een informed consent-fout bewijstechnisch tegemoet te komen door bijvoorbeeld uit te gaan van feitelijke vermoedens, voorshandse aannemelijkheid³⁶ of een (gedeeltelijke) bewijslastverlichting.³⁷ Ook het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid is voor-

36. Iets dergelijks zien we ook terug in de beslissing van het Court of Appeal. Nadat het Court of Appeal heeft vastgesteld dat enkel door toedoen van dr. Afshar de operatie heeft plaatsgevonden op 21 november 1994, en dat daarmee in beginsel causaal verband tussen zijn handelen de gevolgen voor Chester is gevestigd, laat het Court of Appeal (in § 42) de mogelijkheid open voor dr. Afshar te bewijzen dat het (1) aannemelijk is dat Chester de operatie uiteindelijk toch zou hebben gewild met gelijke of vergelijkbare risico's; en (2) dat het aannemelijk is dat hetzelfde risico zich dan zou hebben verwezenlijkt.

37. Akkermans 2002, p. 102, 107 (zie noot 10); I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. UvTilburg), Den Haag: BJU 2001, p. 248 e.v., die in navolging van de Duitse rechtspraak wel een omkering van het bewijsrisico voorstaat, althans een meer genuanceerde bena-

dering bepleit waarin het causale verband voorlopig aannemelijk wordt geacht zodra de patiënt gemotiveerd een 'Entscheidungskonflikt' plausibel maakt. Op dat moment verschuift de bewijsvoeringslast naar de arts, die in de gelegenheid wordt gesteld die voorlopige aannemelijkheid te ontkrachten; Giesen 1999 (zie noot 14); en ook: A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense die, gezien de bijzondere aard van de informatieplicht, reden aanwezig acht om op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid bedoeld in art. 177 Rv (oud), het bewijs dat de patiënt ook met informatie zou hebben ingestemd met de operatie, in beginsel op de arts te leggen, HR 23 november 2001, NJ 2002, 386, nr. 9 van de conclusie. C.C.M. Nadorp-Van der Borg, 'Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?', TvGR 1995, p. 2-13.

gesteld als eventuele oplossing bij causaliteitsonzekerheid.³⁸ Kort gezegd komt toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid er in informed consent-zaken op neer dat aangenomen wordt dat door schending van de informatieplicht en daarmee van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, een kans op het nemen van een andere beslissing verloren is gegaan. Met het verlies van die kans bestaat wel causaal verband. De grootte van die kans kan door de rechter worden geschat en verdisconteerd in de omvang van de schadevergoeding.³⁹

Hieronder zullen we nog twee mogelijke benaderingen van de causaliteitsproblematiek in informed consent-zaken de revue laten passeren. Ook deze benaderingen hebben tot doel het door de wet gewaarborgde recht op informatie een beter afdwingbaar karakter te verschaffen.

I: Garantietheorie

Een qua eenvoud aansprekende benadering is voorgesteld door de Engelse auteur Stauch en aangehaald door Lord Hope of Craighead in *Chester v. Afshar*.⁴⁰ In het licht van een herwaardering van het recht op informatie, is voorstelbaar dat geabstraheerd wordt van de vraag wat de patiënt zou hebben gedaan in de hypothetische situatie zonder informatiefout. Hierdoor wordt niet alleen meer recht gedaan aan de positie van de patiënt maar kunnen tevens moeizame en soms weinig bevredigende bewijs-technische exercities worden voorkomen.⁴¹ Dit resultaat kan onder andere worden bereikt door te denken in termen van een 'garantie'. De gedachtegang in de 'garantiethorie' is dat een arts die verzuimt een relevant geacht risico⁴² aan de patiënt mee te delen, door zijn zwijgen waar spreken was geboden, dit risico voor zijn rekening neemt, en dus de patiënt als het ware garandeert dat dit risico zich niet zal realiseren. Op het moment dat het risico zich niettemin verwezenlijkt, ontstaat er een schadevergoedingverplichting van de arts jegens de patiënt voor de gevolgen van het ingetreden risico. In de woorden van Stauch:⁴³ "As already suggested, the principal reason for imposing such a duty is ultimately not to reduce the likelihood of the risks materialising (...). Rather, it is to promote the patient's decision-making autonomy (...). The doctor, who even with the best of intentions, offers an incomplete picture of the therapy by withholding information as to risks, usurps his right of choice. (...) It is as though, in failing to mention the risk's existence, he has warranted that it will not materialise, at least in the normal course of events."

Het voordeel van deze benadering is evident; het causaliteitsvraagstuk is van de baan, de prikkel tot adequate nakoming van de informatieplicht is gewaarborgd en er is genoegdoening voor de patiënt die met de gevolgen van een verzwegen risico wordt geconfronteerd.

38. Akkermans 2002, p. 108-109 (zie noot 10).

39. Rb. Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520 (in hoger beroep vernietigd, zie: HR 20 oktober 2006, *LJN* AY9312); De leer van de proportionele aansprakelijkheid werd eveneens benaderd in een uitspraak van de Geschillencommissie Ziekenhuizen 25 november 1999, *TvGR* 1999/54.

40. *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41, § 77.

41. Getuige ook weer het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 10 mei 2005, te lezen in HR 20 oktober 2006, *LJN* AY9312.

42. "Voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard" ex art. 7:453 jo 7:448 BW.

43. M. Stauch, 'Taking the Consequences for Failure to Warn of Medical Risks', *MLR* 2000, p. 266, 267.

Belangrijk bezwaar tegen de garantietheorie is echter dat ook aanspraak op – volledige – schadevergoeding ontstaat, zelfs wanneer ondenkbaar is dat de patiënt niet met de operatie zou hebben ingestemd als hij wel op de hoogte was geweest van het bewuste risico.⁴⁴ Dat gaat natuurlijk nogal ver – de onvermijdelijke keerzijde van deze krachtige prikkel tot nakoming van de informatieplicht. Ook moet men zich realiseren dat een strikt genomen wel te rechtvaardigen, maar desondanks niet altijd even gemakkelijk uit te leggen verschil in het leven wordt geroepen met patiënten die wel geïnformeerd waren over het desbetreffende risico maar niettemin toestemden met de desbetreffende behandeling. Deze patiënten ontvangen niets wanneer het risico zich manifesteert. Zij wisten er immers van.

II: Vergoeding voor de schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig

Tegen de garantietheorie zou voorts kunnen worden ingebracht dat zij focust op vergoeding van de gezondheidsschade die door het verwezenlijkte risico is veroorzaakt, in plaats van op het geschonden zelfbeschikkingsrecht als zodanig. Een alternatief dat de schending van het zelfbeschikkingsrecht wel centraal stelt, is gestoeld op artikel 6:106 lid 1 sub b BW. Conform artikel 6:106 lid 1 sub b BW heeft een benadeelde recht op immateriële schadevergoeding indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Wanneer een benadeelde kan aantonen dat hij of zij van de behandeling zou hebben afgezien indien hem vooraf het ingetreden risico bekend was geweest, ligt toekenning van smartengeld – naast vergoeding van materiële schade – voor de hand wegens het oplopen van lichamelijk letsel. In dat geval is er immers geen probleem met het causaal verband omdat kan worden aangenomen dat de informatiefout van de arts het letsel heeft veroorzaakt. Men zou zich hooguit de vraag kunnen stellen of in de omvang van de smartengeldvergoeding de schending van het zelfbeschikkingsrecht apart tot uitdrukking zou moeten komen.

Variant 1: Wel gezondheidsschade, maar géén andere beslissing

Wanneer de benadeelde het causaal verband tussen de gezondheidsschade als gevolg van het ingetreden risico en de informatiefout echter niet kan aantonen (of toestemming moet worden verondersteld), ligt het problematischer. Ten aanzien van deze variant hebben we hiervoor laten zien dat in de huidige benadering van informed consent-zaken in een dergelijk geval de schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt niet in financiële zin wordt gecompenseerd.⁴⁵ Dit zou weer wel kunnen indien de inbreuk op de individuele zelfbeschikking als zodanig als een ‘aantasting

44. Of sterker: de patiënt geeft zelf aan dat de achtergehouden informatie niet van invloed zou zijn geweest op zijn keuze vóór de behandeling.

45. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445 e.v. spreekt in dit verband van de rechtshandhavingsfunctie van het smartengeld. In zijn visie houdt de rechtshandhavingsfunctie in dat het privaatrecht in staat dient te

zijn om te reageren op de inbreuk van een privaatrechtelijk (subjectief) recht. Het bestaan van een (subjectief) recht veronderstelt zijns inziens logischerwijs het bestaan van een reactiemogelijkheid. Volgens Verheij moet een rechter aan de hand van verscheidende gezichtspunten beoordelen of het vanuit het perspectief van rechtshandhaving wenselijk is dat een recht op smartengeld bestaat (p. 487).

van de persoon' wordt gekwalificeerd.⁴⁶ Schending van dit recht geeft dan een zelfstandige aanspraak op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding.⁴⁷ Deze oplossing ligt dicht tegen de oplossing die de zogenoemde 'garantiethorie' voorstaat, zij het dat de garantiethorie verder gaat omdat de patiënt daarin in beginsel ook recht heeft op compensatie van vermogensrechtelijke schade. Toekenning van een financiële vergoeding in de vorm van smartengeld heeft niet tot doel het slachtoffer van een informed consent-fout volledig te compenseren voor de gevolgen van het intreden van het verzwegen risico, maar focust voornamelijk op het geschonden zelfbeschikkingsrecht. De hoogte van een eventuele smartengeldvergoeding zou afhankelijk kunnen worden gesteld van de aard en mate van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.

Onder het huidige recht is bovenbedoelde benadering niet uitgesloten. Artikel 6:106 lid 1 sub b BW behelst tenslotte een open norm en de Hoge Raad heeft al eerder aangegeven dat een ernstige inbreuk op fundamentele rechten van de mens, ook bij het ontbreken van psychisch letsel, als een 'aantasting van de persoon' kan gelden.⁴⁸ In het Oosterparkrellen-arrest⁴⁹ verkeerde een echtpaar gedurende een aantal uren in hun woning in een zeer bedreigende situatie door stenengooiende jongeren, waarbij zij tevergeefs moesten wachten op bijstand van de ingeroepen politie. De Hoge Raad achtte het wegblijven van de politie onrechtmatig en aanvaardde het oordeel van de rechtbank in eerste instantie, dat deze onrechtmatigheid de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot het lijf en goed van het echtpaar had verergerd. De dientengevolge zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning kon volgens de Hoge Raad als een aantasting van de persoon worden gekwalificeerd.

De vraag is of ook de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht als gevolg van een informatieverzuim door de arts, een aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106 BW kan opleveren. De Hoge Raad biedt aanknopingspunten voor de gedachte dat dit ook een weg is die bij informed consent zou kunnen worden bewandeld.⁵⁰ Hoewel de zaak van Baby Kelly geen klassieke informed consent-zaak betrof, zoals bedoeld in dit artikel, stond ook daarin het zelfbeschikkingsrecht centraal. Schending

46. Onder meer bepleit door: Verheij 2002, p. 512, 513 (zie noot 45) en Giesen 1999, p. 82, noot 524: indien causaal verband ontbreekt, omdat vaststaat dat de patiënt zou hebben toegestemd in de behandeling, dan kan in de visie van Giesen de schadevergoeding beperkt blijven, zeker wanneer als de behandeling succesvol was. Hij wijst in dit verband op art. 6:100 BW (zie noot 14).

47. *Chesterv. Afshar* [2004] 4 All ER 58, § 34: ook Lord Hoffmann, een van de Lords die de claim van Chester afwees wegens het ontbreken van causaal verband, refereert aan een smartengeldvergoeding maar ziet tegelijkertijd grote bezwaren: "I can see there might be a case for a modest solution in such cases. But the risks which may eventuate will vary greatly in severity and I think there would be great difficulty in fixing a suitable figure. In any case, the cost of litigation over such cases would make the law of torts an unsuitable vehicle

for distributing the modest compensation which might be payable."

48. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterparkrellen*); HR 18 maart 2005, LJN AR5213 (*Baby Kelly*).

49. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterparkrellen*).

50. HR 18 maart 2005, LJN AR5213 (*Baby Kelly*): "(...) Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld".

van dit zelfbeschikkingsrecht, doordat de ouders van Kelly op onrechtmatige wijze een keuzemogelijkheid was onthouden, gaf hen volgens de Hoge Raad een zelfstandige aanspraak op immateriële schadevergoeding.

Variant 2: Wel een andere beslissing, maar géén gezondheidsschade

In de hiervoor genoemde variant gingen we ervan uit dat het verzwegen risico zich heeft verwezenlijkt en derhalve (letsel)schade heeft veroorzaakt bij de patiënt. Verheij gaat echter verder dan dat. Uit het oogpunt van rechtshandhaving acht hij bij informatieverzuimen ook smartengeld toewijsbaar indien de patiënt geen schade heeft geleden. Hij noemt daarbij het voorbeeld van een kankerpatiënt die wordt geopereerd zonder dat hij op de hoogte is gesteld van een alternatieve behandeling door middel van bestraling. Zelfs wanneer de operatie geslaagd is, meent Verheij dat een vergoeding wegens smartengeld niet per definitie onredelijk is. Overigens lijkt hij, anders dan bij variant I, hierbij wel uit te gaan van de veronderstelling dat aangenomen kan worden dat de patiënt zijn toestemming zou hebben onthouden indien hij wel juist was geïnformeerd.⁵¹ Het ligt in de rede aan te nemen dat dit laatste voor een patiënt nog moeilijker te bewijzen zal zijn in het geval de behandeling is geslaagd.

In dit verband keren we ook nog even terug naar mevrouw Chester. Aangenomen dat de voorgestelde operatie wel was geslaagd en het cauda equina-syndroom dus niet was opgetreden, dan had Chester zeer vermoedelijk niet geklaagd over het informatieverzuim van dr. Afshar terwijl haar autonomie, haar zelfbeschikkingsrecht, feitelijk in gelijke mate was geschonden. Met de nodige prudentie kan zelfs gesteld worden dat Chester in die situatie beter af was geweest dan in de situatie waarin ze wel op het risico van het cauda equina-syndroom zou zijn geattendeerd. Had Chester namelijk vooraf van dit risico geweten dan was er, zoals ze zelf stelde, ernstige twijfel over de operatie ontstaan, had ze mogelijk zelfs definitief van de operatie afgezien en zou ze naar alle waarschijnlijkheid nu dus nog steeds haar oorspronkelijke, ernstige rugklachten hebben gehad. Dit voorbeeld laat de keerzijde van de informatieplicht zien. Informatie kan patiënten ook verlammen of onnodig beangstigen, maar het is uiteraard aan de arts dat effect weg te nemen of te reduceren. Bovendien kan de mogelijke beslissing van een patiënt (hoe zeer die wellicht ook afwijkt van de visie van de arts) nooit een valide reden zijn voor de arts om van zijn informatieplicht af te zien.⁵² De verwezenlijking van de beslissingsvrijheid van de patiënt vormt nu juist de kern van zijn informatieplicht.

Variant 3: Geen gezondheidsschade en ook geen andere beslissing

Het gedachte-experiment kan nog een stap verder gaan. Wanneer handhaving van het (zelfbeschikkings)recht het primaire doel is voor het toekennen van smartengeld, is evenmin ondenkbaar ook een immateriële schadevergoeding toe te kennen in het geval de informatieplicht weliswaar is geschonden, echter zonder dat aannemelijk is dat de patiënt bij de juiste stand van zaken geen toestemming zou hebben gegeven en zonder dat de achtergehouden informatie tot gezondheidsschade heeft geleid.

51. Verheij 2002, p. 512, 513 (zie noot 45).

52. Tenzij er sprake is van een therapeutische exceptie ex artikel 7:448 lid 3 BW.

Een voorbeeld hiervan vinden we in een uitspraak van het Oberlandsgericht Jena in Duitsland.⁵³ Na een miskraam moest bij een patiënte een curettage plaatsvinden ter verwijdering van de niet-levensvatbare vrucht. Tijdens de curettage ontstonden echter zodanige bloedingen dat een daaropvolgende noodoperatie onafwendbaar was. Ten gevolge van die noodoperatie verloor de vrouw definitief de mogelijkheid in de toekomst opnieuw zwanger te worden. Voorafgaand aan de noodoperatie had de arts de vrouw slechts gewezen op de algemene aan de ingreep verbonden risico's maar niet op het risico van onvruchtbaarheid. Ofschoon het OLG Jena geen causaal verband aannam tussen de geschonden informatieplicht en de noodgedwongen, levensreddende operatie, overwoog de Senat van het gerecht dat:

III "Für die Klägerin ist gleichwohl ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht begründet. Wie bereits dargelegt, entspringt das Recht auf umfassende Aufklärung dem Recht des einzelnen auf freie Selbstbestimmung über seine Person. Es soll ihn davor schützen, dass sich der Arzt ein ihm nicht zustehendes Bevormundungsrecht anmaßt. Dieses Recht ist stets verletzt, wenn nicht hinreichend aufgeklärt wird. Schon dann ist die auf der fehlerhaften Aufklärung beruhende Reduzierung der Entscheidungsgrundlage des Patienten ein Eingriff in seine Persönlichkeit und körperliche Integrität. Inwieweit sich diese Pflichtverletzung dann im weiteren Verlauf der Behandlung niederschlägt, ist für diese Rechtsmissachtung zunächst ohne Belang. Denn Schmerzensgeld ist immer auch Sanktion für die Verletzung der Rechte auf Wahrung der körperlichen Integrität und der Persönlichkeit als solche."

Met andere woorden: onafhankelijk van de vraag of de patiënt gezondheidsschade leidt, kan de patiënt – in de visie van het OLG Jena – immateriële schadevergoeding tegemoet zien indien door een informatieverzuim van de arts zijn zelfbeschikkingsrecht is geschonden.

Een ander, niet geheel ondenkbeeldig doch sterk hypothetisch voorbeeld is het geval dat bij een terminale kankerpatiënte nog een laatste levensverlengende behandeling (van hooguit een half jaar) wordt voorgesteld, zonder dat de arts haar ervan heeft verwittigd dat die behandeling onomkeerbare onvruchtbaarheid met zich brengt. De informatieplicht wordt geschonden geacht, aannemelijk is ook dat de patiënte van de geboden behandelingsmogelijkheid gebruik wilde maken en van schade is feitelijk geen sprake aangezien het uitdragen van een volledige zwangerschap niet meer tot de reële mogelijkheden behoorde. Toch is niet ondenkbaar dat kennisname van de definitieve onvruchtbaarheid achteraf door de patiënte als een ernstige aantasting van haar zelfbeschikking, althans van haar menszijn, wordt ervaren. In deze variant komt de betekenis van de term zelfbeschikking het meest krachtig tot uitdrukking. Zelfbeschikking in de zin van: zelf iets te beslissen hebben; respect voor de mens als een persoon en niet als een voorwerp. In dat licht staat voor ons ook in dergelijke gevallen de informatieplicht van de arts buiten kijf, en is het belang van de mogelijkheid van sanctionering evident. De vraag is alleen of die sanctie ook in dit geval moet worden gezocht in het civiele aansprakelijkheidsrecht.

53. OLG Jena, Urteil vom 3.12.1997, VersR 1998, 586.

Voor de tweede en de derde variant geldt onder meer het bezwaar dat het in kwantitatieve zin om een potentieel groot aantal zaken kan gaan. Het zal immers vaker voorkomen dat de informatieverstopping door de arts niet conform de professionele standaard is, dan dat zich daarnaast ook het onbekend gebleven risico verwezenlijkt. Het gevaar van het zogenoemde ‘floodgate-effect’ is derhalve niet irreëel.⁵⁴ Voorstelbaar is derhalve dat voor de varianten 2 en 3 het tuchtrecht een voldoende probaat middel wordt geacht om te klagen over schending van het zelfbeschikkingsrecht. Een dergelijke opvatting is ons inziens echter niet geheel in lijn met de zienswijze van de Hoge Raad in de zaak van Baby Kelly,⁵⁵ zij het dat in die zaak werd aangenomen dat de moeder van Kelly inderdaad een andere keuze zou hebben gemaakt indien die haar was geboden. De aanwezigheid van gezondheidschade (variant 1) of het feit dat de patiënt inderdaad anders zou hebben beslist (variant 2), kunnen derhalve onderscheidende criteria vormen voor de toekenning van smartengeld bij een geschonden informatieplicht. Met name de laatstgenoemde variant (variant 3) gaat in onze ogen vooralsnog een stap te ver!

54. Volledigheidshalve tekenen we hier aan dat wij ons in eerste instantie slechts hebben gericht op de effectieve bescherming van het recht op informatie, en ons dus niet hebben bekreund om vragen naar

haalbaarheid en betaalbaarheid van die bescherming. Dat is uiteindelijk een discussie die door politiek en rechtspraak zal moeten worden beslecht.

55. HR 18 maart 2005, LJN AR5213 (*Baby Kelly*).